



Accès à la connaissance et droit d'auteur

Carine Bernault

► To cite this version:

Carine Bernault. Accès à la connaissance et droit d'auteur. Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, pp.830, 2014, 978-2-7110-1858-1. halshs-01022413

HAL Id: halshs-01022413

<https://shs.hal.science/halshs-01022413>

Submitted on 10 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ACCÈS À LA CONNAISSANCE ET DROIT D'AUTEUR

Carine BERNAULT

Tous les étudiants qui ont suivi un cours du professeur André Lucas ont pu mesurer leur chance dès les premières minutes et ont réalisé instantanément qu'André Lucas est un passionné. Passionné par l'enseignement, passionné par le droit en général, passionné par le droit d'auteur en particulier. Et comme la passion n'a de sens que si elle est partagée, André Lucas faisait (et fait encore) preuve de la plus grande générosité en transmettant son goût pour le droit d'auteur, mais aussi son engagement et ses connaissances. Dès lors, s'agissant de rendre hommage à celui qui nous a tant donné, le sujet s'imposait de lui-même.

Pourtant, il peut sembler paradoxal d'aborder ici le lien entre le droit d'auteur et l'accès à la connaissance. En effet, *a priori*, nulle difficulté ne devrait exister. Le droit d'auteur, on le répète à l'envi, ne protège pas les idées, les informations. Donc les connaissances, qui se définissent selon le Littré comme l'« ensemble des choses connues, du savoir », ne peuvent être réservées à un auteur. Elles peuvent circuler librement et être transmises sans entrave, conformément à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

La réalité, on le sait, est plus complexe. D'ailleurs, la question de l'accès à la connaissance est au cœur de plusieurs textes relatifs au droit d'auteur. La Commission européenne a consacré un livre vert au droit d'auteur dans l'économie de la connaissance¹, tout en faisant de la circulation de la connaissance la « cinquième liberté »². Elle accorde une place centrale à l'« accès ouvert » aux publications scientifiques dans le projet de programme-cadre pour la recherche

1. Doc. COM (2008), 466/3 final.

2. *Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle*, communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Doc. COM (2007), 724 final, 20 nov. 2007 : « Des efforts supplémentaires sont nécessaires pour favoriser la libre circulation de la connaissance et de l'innovation – la « cinquième liberté » – au sein du marché intérieur » (p. 10).

baptisé Horizon 2020³ et y a consacré une recommandation en juillet 2012⁴. L'OMPI, dans son plan d'action pour le développement publié en 2007, identifie l'accès à la connaissance comme un but à atteindre⁵ et selon l'article 7 de l'accord ADPIC : « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à favoriser l'innovation technologique et à accroître le transfert et la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent les connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ». Le lien entre le droit d'auteur et l'accès à la connaissance existe donc bel et bien.

Dans ce domaine comme dans d'autres, le développement du numérique n'est pas resté sans conséquences. On pouvait espérer que les réseaux numériques favoriseraient la diffusion des connaissances dans le monde entier et à moindre coût. En réalité, l'idée d'une vaste « communauté numérique » partageant son savoir reste malheureusement bien souvent une illusion. L'accès aux réseaux étant loin d'être universel, le clivage Nord-Sud pourrait même s'être accentué⁶. Les enjeux sont pourtant cruciaux et parfois vitaux. Ainsi, faciliter le libre accès aux connaissances médicales dans le monde entier ne peut certes régler toutes les difficultés si les médicaments nécessaires ne sont pas accessibles, mais constitue au moins un préalable indispensable à une meilleure prise en charge des malades et à une réduction du fossé qui sépare les populations favorisées et défavorisées⁷.

Tous les maux ne peuvent pour autant peser sur le droit d'auteur. Beaucoup de connaissances, même non protégées et accessibles gratuitement, en ligne ou

3. Prop. de règlement définissant les règles de participation au programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » (2014-2020) et les règles de diffusion des résultats : « Une attention particulière est maintenant portée à l'accès ouvert aux publications scientifiques » (p. 3) et art. 40.2 : « En ce qui concerne la diffusion par voie de publications scientifiques, l'accès ouvert est pratiqué selon les modalités et conditions établies dans la convention de subvention », Doc. COM (2011), 810 final.
4. Recomm. 17 juill. 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et leur conservation (Doc. COM [2012], 4890 final), dans laquelle on peut lire que les États membres doivent « veiller à ce que les publications issues de la recherche financée par les fonds publics soient librement accessibles dans les meilleurs délais, de préférence tout de suite et, dans tous les cas, au plus tard six mois après leur date de publication, et au plus tard douze mois pour les publications dans les domaines des sciences sociales et humaines ».
5. Recomm. n° 19 : « Engager les discussions sur les moyens à mettre en œuvre, dans le cadre du mandat de l'OMPI, pour faciliter davantage l'accès des pays en développement et des PMA aux savoirs et à la technologie afin de stimuler la créativité et l'innovation et renforcer les activités déjà entreprises dans ce domaine au sein de l'OMPI ».
6. En ce sens, A. BARTOW, *Open access, Knowledge, Copyrights, Dominance and subordination : Lewis and Clark Law Review* 2006, vol. 10 :4, p. 869 : « Each new communication medium increases the gap between the "information rich" and the "information poor" because of differential access to the medium » (SSRN 949048).
7. V. par ex. l'initiative *Open Science Drug Discovery* en Inde, évoquée par C. LEPAGE, *L'open science, un défi pour les États : Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, n° 3, Open science et marchandisation des connaissances, CNRS éd., 2010, p. 21 et s.

autrement, restent peu ou mal connues et exploitées. Les causes sont diverses : elles peuvent être techniques (qualité de l'accès au réseau et importance du débit) ou liées à la formation des individus (pour trouver, il faut savoir où chercher). Reste que l'on ne peut ignorer le rôle que joue (ou que l'on fait jouer) au droit d'auteur en la matière. Encore une fois, c'est sa légitimité qui est ainsi mise à mal. L'accès au savoir est d'ailleurs devenu un véritable « mouvement »⁸ qui tend à démontrer que la propriété intellectuelle entrave la diffusion des connaissances, qu'elle n'est qu'une « rente »⁹ qui bénéficie à quelques-uns au détriment de la majorité. De là à remettre en cause l'existence même de la propriété intellectuelle en général et du droit d'auteur en particulier, il n'y a qu'un pas que certains aimeraient sans doute franchir. On préfère croire qu'il est possible de concevoir la propriété intellectuelle « différemment » et que le droit d'auteur peut être compatible avec la nécessité de favoriser l'accès au savoir. Sans nier que les obstacles à la diffusion des connaissances existent (I), on envisagera donc certaines pistes à explorer (II) pour les surmonter.

I. – LES OBSTACLES À L'ACCÈS À LA CONNAISSANCE

Un raisonnement un peu rapide peut conduire à considérer que le droit d'auteur étant « coupable » d'entraver l'accès à la connaissance, il suffit de le faire disparaître pour régler toutes les difficultés. Toutefois, plus que le droit d'auteur lui-même (A), c'est l'usage que l'on en fait (B) qui, bien souvent, limite la diffusion du savoir.

A. – Le droit d'auteur lui-même

L'affirmation selon laquelle la disparition du droit d'auteur faciliterait l'accès à la connaissance et plus largement à l'ensemble des œuvres¹⁰ paraît peu convaincante dans la mesure où, comme on l'a déjà dit, de nombreuses créations appartenant au domaine public restent difficilement accessibles. L'idée de permettre aux auteurs de constituer un « domaine public volontaire » n'apparaît donc pas plus pertinente. C'est pourtant ce qui a conduit à l'élaboration de la licence dite « CC0 » (*Creative commons zero*) qui doit permettre aux auteurs de « renoncer » à

8. V. le mouvement A2K (*Access to Knowledge*) : <http://www.cptech.org/a2k/>.

9. L. SHAVER, *Intellectual Property, Innovation and Development : The Access to Knowledge Approach*, 2009, SSRN 1437274.

10. V. par ex. J. SMIERS et M. VAN SCHIJNDEL, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, 2009 (<http://forge.framabook.org/imagine/chapitre-20-fr.poule>) qui commence par ces mots : « Si les systèmes de droits d'auteur et de *copyright* n'existaient pas, faudrait-il aujourd'hui les inventer ? Probablement pas : ils sont difficiles à maintenir, ont une tendance protectionniste et privilégient essentiellement les grandes stars ».

leurs droits pour faire entrer leurs œuvres dans le domaine public avant le terme prévu par la loi. Une renonciation générale et anticipée au droit moral n'étant pas possible en droit français¹¹, c'est en fait la « licence publique supplétive » qui pourrait éventuellement s'appliquer aux droits patrimoniaux¹². Faut-il alors aller plus loin et permettre à un auteur de renoncer à tous ses droits au nom du libre accès à la connaissance, comme c'est déjà le cas au Kenya par exemple¹³ ? La réponse recèle de lourds enjeux et dépend directement de la qualification donnée au droit du créateur¹⁴. Admettre une telle renonciation serait probablement défavorable à la majorité des créateurs qui, désireux d'exercer leurs droits et de profiter de l'exploitation de leur travail, pourraient se voir imposer des clauses types par lesquelles on les priverait de toutes prérogatives. Le droit d'auteur serait alors réservé aux seuls créateurs ayant la notoriété suffisante pour s'opposer à ces pratiques¹⁵. En outre, n'oublions pas que le droit d'auteur est certes un « droit d'interdire », mais aussi un « droit d'autoriser ». Son titulaire peut ainsi organiser un accès large et gratuit à sa création si tel est son désir. Le droit d'auteur en lui-même n'impose pas de restreindre les modes d'accès aux œuvres. Il peut aussi favoriser certains usages comme en témoignent d'ailleurs les licences libres ou *creative commons* qui ne sont jamais que des contrats d'exploitation.

Ces revendications en faveur d'une disparition du droit d'auteur, ou au moins d'une possibilité d'y renoncer, s'expliquent sans doute en partie par l'extension inconsidérée du champ d'application de ce droit. Il convient effectivement de réserver le droit d'auteur à des œuvres réellement originales et donc révélatrices de la personnalité de leurs auteurs. Ainsi, il n'est pas certain que le moindre schéma ou graphique qui accompagne une publication scientifique doive être considéré comme original. Même si les informations contenues dans un tel graphique peuvent être le fruit d'un travail long, complexe et avoir une grande valeur, cela ne signifie pas pour autant que ce graphique soit protégeable au titre du droit d'auteur. « L'indulgence [de la jurisprudence] s'est (...) transformée en

11. V. justement à propos des licences « libres » : A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd. 2012, n° 876.

12. Licence CC0, § 3 : « Dans le cas où une partie quelconque de la Renonciation et pour quelque raison que ce soit est jugée juridiquement nulle ou sans effet en vertu de la loi applicable (...) le Déclarant concède par la présente à chaque personne concernée une licence pour l'exercice des Droits d'Auteur et Droits Voisins du Déclarant sur l'Œuvre, gratuite, non transférable, non sous-licenciable, non exclusive, irrévocable et inconditionnelle (...) » (version française trad. par *Veni, Vidi, Libri* : <http://vvlibri.org/fr/licence/cc0/10/fr/legalcode>).

13. L. 31 déc. 2001, art. 45 (1) (b) : « The following works shall belong to the public domain : (...) works in respect of which authors have renounced their rights ».

14. Sur ce sujet et les enjeux liés à la qualification du droit d'auteur comme droit de propriété ou droit fondamental, V. S. DUSOLIER, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, 4 mars 2011, CDIO/7/INF/2, p. 37 et s.

15. V. ainsi, soulignant les risques pour les auteurs : S. DUSOLIER, étude préc., note 14, CDIO/7/INF/2 (p. 39) : « Le secteur industriel exerce de plus en plus de pressions sur les auteurs pour qu'ils réduisent leurs protections et il se pourrait qu'il soit intéressé à une renonciation au droit d'auteur qui lui permettrait d'exploiter l'œuvre en toute liberté »).

laxisme »¹⁶ et il est « temps (...) d'arrêter cette dérive, laquelle ne compte pas pour rien dans la crise de légitimité qui ébranle actuellement le droit d'auteur »¹⁷.

Par ailleurs, il faut reconnaître que certaines règles relatives au droit d'auteur ont produit des effets inattendus et ne facilitant pas l'exploitation des créations. Ainsi, le principe selon lequel le droit d'auteur naît de la création et l'interdiction de subordonner l'existence de ce droit à des formalités ont contribué à provoquer l'apparition des œuvres dites « orphelines ». Ces créations, toujours protégées par le droit d'auteur, ne peuvent être exploitées et donc diffusées car les ayants droit sont inconnus ou ne peuvent être retrouvés. Longtemps considérée comme marginale, cette problématique est devenue essentielle lorsque l'on a envisagé la numérisation des fonds des bibliothèques. Comment diffuser ces œuvres si l'accord des ayants droit ne peut pas être sollicité ? Le lien avec l'accès au savoir apparaît manifeste. Ce constat n'impose pas pour autant une disparition du droit d'auteur, mais plutôt un aménagement comme le prévoient la directive n° 2012/28/UE du 25 octobre 2012 et (de manière plus discutable) la loi française du 1^{er} mars 2012 relative aux livres indisponibles du xx^e siècle.

On l'aura donc compris, le droit d'auteur ne nous paraît pas, en lui-même, impliquer nécessairement une restriction de la circulation du savoir et sa disparition ne réglerait pas toutes les difficultés. Mais, d'une certaine façon, le droit d'auteur n'est que ce que l'on en fait et il faut alors reconnaître que certains usages de ce droit conduisent effectivement à entraver l'accès aux connaissances.

B. – L'usage du droit d'auteur

Les modalités de diffusion des œuvres scientifiques et pédagogiques organisent de fait un contrôle de l'accès à la connaissance. Ainsi, le contrat liant un auteur à son éditeur réserve souvent l'exclusivité des droits cédés à ce dernier. En conséquence, l'auteur, s'il est enseignant, perd le droit d'exploiter sa propre création et de la diffuser à ses étudiants ou élèves. Le seul mode d'accès à la connaissance contenue dans une telle œuvre est alors contrôlé par l'éditeur¹⁸. Cette situation apparaît encore plus difficile à justifier lorsque l'œuvre est créée dans le cadre d'établissements publics de

16. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, préc., note 11, n° 142.

17. *Ibid.*

18. V. ainsi, A. BARTOW, préc., note 6. Dans le même sens, affirmant que « certaines maisons d'édition scientifique commerciales ont progressivement pris le contrôle des échanges académiques » : avis du comité d'éthique du CNRS, le COMETS, sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, 30 juin 2011, p. 3 (<http://www.cnrs.fr/fr/organisme/ethique/comets/avis.htm>). – V. aussi, constatant que « le transfert du droit de l'auteur par abandon total de ses droits patrimoniaux au profit des maisons d'édition bloque la réutilisation automatique de ses œuvres sur d'autres supports ou dans de futures compilations (...) » : Avis du comité d'éthique au CNRS sur le libre accès aux publications scientifiques, 29 juin 2012, p. 4 (<http://www.cnrs.fr/fr/organisme/ethique/comets/docs/avis-OA-120629.pdf>).

recherche. Le comité d'éthique du CNRS a particulièrement bien résumé la situation : « les investissements sont publics, pris en charge par l'État, [mais] les bénéfices sont privés, au profit de quelques maisons d'édition »¹⁹.

Non seulement l'auteur perd le contrôle de la diffusion des connaissances, mais en outre certains éditeurs pratiquent des politiques tarifaires « arbitraires »²⁰, « augmentent chaque année de manière exorbitante les tarifs d'abonnement »²¹ et entravent ainsi davantage encore l'accès à la connaissance. Par exemple, il a été constaté que « the cost of textbooks in Brazil is 270 % higher than in Japan and 150 % higher than in the United States »²². Évidemment, le droit d'auteur ne peut à lui seul expliquer une telle situation. Mais il place au moins les éditeurs en position de force sur le marché des ouvrages scolaires et universitaires. Ces derniers étant inaccessibles pour la majorité de la population, c'est alors le développement des pays les plus pauvres qui se trouve ainsi limité²³. Il faut ajouter que dans l'univers numérique, mettre fin à un abonnement revient à se priver de toute une collection, pour le futur évidemment, mais aussi pour le passé, puisqu'on ne peut ici conserver les exemplaires reçus en exécution de l'abonnement interrompu, comme c'est le cas pour les revues imprimées.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le droit d'auteur est parfois utilisé comme un moyen de contrôler la diffusion des connaissances avec pour conséquence que de nombreux élèves ou étudiants violent régulièrement le droit des créateurs dans le seul but de se former et d'apprendre. La lutte contre ces pratiques illicites, si elle est fondée en droit, fragilise alors le système éducatif des pays les plus pauvres, notamment en Afrique. La situation n'est pas saine et les conséquences pour le droit d'auteur dépassent la seule question de la contrefaçon. Ce sont les fondements de ce droit qui pourraient être remis en cause pour considérer par exemple que « a work is always created by both – the individual and community. So the community should also be able to claim authorship to the final product »²⁴. Il est donc temps de concilier ces deux préoccupations essentielles : l'accès à la connaissance et la protection de l'auteur.

19. COMETS, avis 2011, préc., Ann. 1, p. 6. – V. aussi, affirmant que « Administrators spend substantial sums of public money to entitle academics and research students to access works which have often been produced at public expense by academics and research students in the first place », I. HARGREAVES, *Digital Opportunity, A review of intellectual Property and Growth*, mai 2011, p. 41.

20. Avis du comité d'éthique du CNRS, 2012, préc., note 18, p. 5.

21. *Ibid.* p. 4. – V. aussi, M. DULONG DE ROSNAY et H. LE CROSNIER, *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Les essentiels d'Hermès, CNRS éd., 2013, spéc. p. 153 et s.

22. M. SUNDER in L. SHAVER, *Access to Knowledge in Brazil, New Research on Intellectual Property, Innovation and Development*, Bloomsbury Academic, 2010, p. XI, SSRN 1729837. – V. aussi la pétition *The cost of Knowledge* qui dénonce ces pratiques tarifaires.

23. En ce sens : « In Brazil, access to knowledge remains a privilege of the most affluent citizens, with negative effects on the quality of life and fundamental rights of the less affluent majority », P. N. MIZUKAMI et alii in L. SHAVER, *Access to Knowledge in Brazil*, préc., note 22, p. 42.

24. A. LUKOSEVICIENE, *Beyond the Creative Commons Framework of Production and Dissemination of Knowledge*, 2011, spéc. p. 32-33, SSRN 1973967.

II. – LES PISTES À EXPLORER

La préservation et la diffusion des connaissances sont des préoccupations anciennes, l'histoire de la bibliothèque d'Alexandrie suffit à le démontrer²⁵. Leur conciliation avec le droit d'auteur peut se faire *a minima* (A) ou *a maxima* (B).

A. – *A minima*

La nécessité de permettre l'accès aux œuvres pédagogiques ou scientifiques n'est pas à ce jour absente des lois relatives au droit d'auteur. La timide exception pédagogique créée en 2006 en France peut être vue comme une avancée²⁶. La vénérable convention de Berne n'ignore pas non plus ces considérations. Son article 10-2° envisage « la faculté d'utiliser licitement dans la mesure justifiée par le but à atteindre des œuvres littéraires et artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages ». L'annexe de la convention comporte en outre des « dispositions particulières concernant les pays en voie de développement », lesquelles prévoient notamment la mise en place d'un régime de licences « non exclusives et inaccessibles » pour permettre la traduction d'œuvres pour un « usage scolaire, universitaire ou de la recherche »²⁷ ou pour reproduire une œuvre qui n'est plus disponible afin de « répondre aux besoins, soit du grand public, soit de l'enseignement scolaire et universitaire »²⁸. Ces dispositions ont certes le mérite d'exister, mais on sait que leur effet est pour le moins limité, leurs conditions de mise en œuvre étant trop complexes pour assurer leur succès²⁹.

On pourrait sans doute aller plus loin sans bouleverser fondamentalement le droit d'auteur. L'exception pédagogique, telle qu'elle est conçue en droit français, est soumise à des conditions beaucoup trop strictes pour être opérationnelle. La création d'une exception pour le *Content mining* pourrait également être discutée. Ces pratiques

25. Sur ce sujet, V. not. P.-S. MENELL, *Knowledge Accessibility and Preservation Policy for the Digital Age : Houston Law Review*, vol. 44, n° 4, 2007, SSRN 999801.

26. CPI, art. L. 122-5-3°, e).

27. Art. II (5).

28. Art. III (2) b.

29. V. par ex. loi égyptienne 3 juin 2002, art. 170 : « Any person may request from the competent ministry to be granted a personal license for the reproduction or translation, or both, of any work protected under this Law, without the authorization of the author and for the purposes indicated in the next paragraph, against equitable remuneration to the author or his successor, to the extent that such license is not in contradiction with the normal exploitation of the work or does not unduly prejudice the legitimate interests of the author or the copyright holders. The license shall be granted, by a motivated decision, indicating the scope in time and place, for the purpose of meeting teaching requirements of all kinds and levels. The Regulations shall prescribe the terms and conditions for the grant of such a license and the categories of fees due, which shall not exceed 1,000 pounds for each work ».

d'exploration des données ou des textes reposent sur des méthodes automatiques de recherche et ont pour but d'exploiter un grand nombre de sources pour en extraire un savoir ou une connaissance. Elles se heurtent notamment à des difficultés liées à l'absence d'interopérabilité des systèmes gérant les données qui doivent ainsi être « explorées ». Mais surtout, dans bien des cas, le contrat qui autorise l'accès à une base de données interdit de telles pratiques d'exploration. Ces opérations pourraient alors faire l'objet d'une exception au droit d'auteur comme l'a proposé le rapport Hargreaves³⁰. Le sujet fait d'ailleurs partie de ceux « où des progrès rapides sont nécessaires » selon la Commission européenne³¹.

À défaut de modification de la loi, certaines pratiques pourraient tout au moins évoluer dans un sens plus favorable à la fois aux auteurs et aux destinataires de leurs œuvres. Ainsi, le comité d'éthique du CNRS suggère de s'inspirer des contrats types proposés notamment par SPARC³² pour « informer et conseiller les chercheurs sur le régime de la propriété intellectuelle qui les concerne et les décourager de renoncer à leurs droits lors de la soumission de leur article »³³. Allant jusqu'au bout de cette logique, le comité estime que ces contrats types pourraient être recommandés par le CNRS, voire même rendus obligatoires pour « dissuader les chercheurs de publier dans des revues qui exigent abusivement l'abandon complet du *copyright* afin d'en retirer des bénéfices excessifs »³⁴. Certains éditeurs ont déjà intégré cette évolution, comme par exemple la célèbre revue *Nature*³⁵.

30. I. HARGREAVES, préc., note 19 : « The Government should introduce a UK exception in the interim under the non-commercial research heading to allow use of analytics for non-commercial use, as in the malaria example above, as well as promoting at EU level an exception to support text mining and data analytics for commercial use » (p. 48). À propos de cet exemple concernant les recherches sur la Malaria : « The malaria papers remain unavailable to researchers because of rights clearing requirements which appear out of all proportion to any benefit the rights holders would be likely to want if they could be found. According to the Wellcome Trust, 87 per cent of the material housed in UK's main medical research database (UK Pub Med Central) is unavailable for legal text and data mining » (p. 47).

31. Le 5 décembre 2012, la Commission a déterminé « l'approche à suivre pour moderniser le droit d'auteur dans l'économie du numérique ». Elle prévoit notamment le « lancement d'un dialogue avec les parties intéressées » sur « l'utilisation d'instruments de fouille de données et de textes » (MEMO/12/950).

32. *The Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition*.

33. CNRS, avis 2012, préc., note 18, p. 4.

34. *Ibid.* V. not. l'exemple du *Wellcome Trust* (WT) britannique qui, par contrat, impose à ses chercheurs une diffusion de leurs travaux dans une archive ouverte au plus tard six mois après leur publication dans une revue scientifique. L'éditeur dispose ainsi d'une exclusivité limitée à six mois, ce que l'on appelle la période d'embargo. – Sur ce sujet : C. BERNAULT, *Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques : Propr. intell.* oct. 2011, n° 41, p. 374.

35. « When a manuscript is accepted for publication in an NPG journal, authors are encouraged to submit the author's version of the accepted paper (the unedited manuscript) to PubMed-Central or other appropriate funding body's archive, for public release six months after publication. In addition, authors are encouraged to archive this version of the manuscript in their institution's repositories and, if they wish, on their personal websites, also six months after the original publication » (<http://www.nature.com/authors/policies/license.html>).

D'autres initiatives peuvent au moins contribuer à réduire les inégalités entre pays développés et pays en voie de développement. On peut notamment citer le programme ARDI (Accès à la Recherche pour le Développement et l'Innovation) mis en place en 2009 par l'OMPI en collaboration avec douze éditeurs. Il « vise à fournir aux organismes locaux à but non lucratif des pays les moins avancés un accès gratuit aux principaux périodiques scientifiques et techniques en ligne et aux offices de propriété industrielle de certains pays en développement un accès à coût abordable à ces mêmes périodiques scientifiques et techniques en ligne »³⁶. Certaines institutions de l'ONU ont également développé des programmes dans le but de favoriser la diffusion des connaissances, spécialement dans le domaine de l'agriculture³⁷, de l'environnement³⁸ et de la médecine³⁹.

Ces mesures sont révélatrices d'une prise de conscience, par les organisations officielles comme par les éditeurs, de la nécessité de corriger des déséquilibres liés aux modes de diffusion des travaux scientifiques et pédagogiques. Il s'agit alors de savoir si l'on s'en remet à de telles initiatives ou si l'on considère qu'il est nécessaire d'aller plus loin en envisageant une évolution du droit lui-même. Au lieu d'attendre une modification des pratiques contractuelles ou une redéfinition des exceptions au droit d'auteur, exceptions qui souffriront toujours d'un manque de prévisibilité, on peut alors opter pour des solutions plus « radicales ».

B. – *A maxima*

Sans aller jusqu'à comparer les industries culturelles à des calèches confrontées à l'apparition des automobiles, comme a pu le faire M. Lessig⁴⁰, il faut reconnaître que les réticences de certains exploitants face à la revendication d'un libre accès à la connaissance pourraient conduire à adopter des positions impliquant une évolution plus profonde du droit d'auteur.

L'étape a déjà été franchie aux États-Unis où l'*Omnibus Appropriation Act*⁴¹ oblige le directeur du National Institutes of Health (NIH) à s'assurer que les chercheurs dont

36. <http://www.wipo.int/ardi/fr/about.html>.

37. Le système de recherche mondiale en ligne sur l'agriculture (AGORA) a été créé en 2003 par la FAO. Il permet aux institutions publiques des pays en voie de développement d'accéder à plus de 3 000 revues.

38. Le programme d'accès en ligne pour la recherche sur l'environnement (OARE) mis en place en 2006 par le programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) permet aux pays en voie de développement d'accéder à plus de 4 000 titres.

39. V. le programme « Interréseau Santé initiative d'accès aux recherches » (HINARI) créé par l'OMS en 2001 grâce auquel les pays en voie de développement accèdent gratuitement ou à « coût très réduit » à plus de 8 500 revues et 7 000 ouvrages en ligne.

40. *Culture libre* 2009, p. 83 (<http://fr.slideshare.net/AkimELSIKAMEYA/pdf-ressources-culture-libre-lawrencelessig>).

41. 11 mars 2009, Public Law 111-8, Division F, section 217. Sur ce point, V. C. BERNAULT, préc., note 34.

les travaux sont financés par l'Institut transmettent une version électronique de leurs articles à l'archive ouverte « PubMed Central », ce qui permet de les rendre accessible au public au plus tard douze mois après leur publication. Évidemment, ce dispositif s'applique « provided, That the NIH shall implement the public access policy in a manner consistent with copyright law ». En Allemagne, depuis le 1^{er} janvier 2014⁴², il existe dans la loi relative au droit d'auteur un « droit d'exploitation secondaire » (*Zweitverwertungsrecht*) qui permet à l'auteur d'une contribution scientifique « née d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des ressources publiques et publiée dans une collection périodique paraissant au moins deux fois par an » de « rendre publiquement accessible cette contribution dans la version acceptée du manuscrit, après un délai de douze mois suivant sa première publication, toute fin commerciale étant exclue »⁴³. Même si elles peuvent toujours sembler insuffisantes, de telles mesures contribuent à faire évoluer les pratiques des éditeurs. Cela n'implique pas nécessairement une disparition de l'édition scientifique en tant que telle, mais oblige simplement à concilier intérêts privés des éditeurs et intérêt public. D'ailleurs, il serait excessif d'opposer radicalement édition privée et diffusion du savoir. Les premiers journaux scientifiques avaient essentiellement pour vocation d'établir la paternité de l'auteur et la dimension commerciale de l'édition était alors secondaire, sans doute d'ailleurs parce que ces publications étaient essentiellement l'affaire des scientifiques et non celles d'éditeurs commerciaux⁴⁴. Après la Seconde Guerre mondiale, c'est l'accroissement de l'offre et de la demande qui a changé la donne et rendu l'édition scientifique commercialement attractive. Aujourd'hui, le recours à ces archives ouvertes, éventuellement après une période d'embargo comme cela a été prévu dans l'*Omnibus Appropriation Act* américain, apparaît particulièrement séduisant⁴⁵. Il ne faut pour autant pas céder aux sirènes du libre accès en ignorant que cette pratique soulève aussi des interrogations. Tout d'abord, le terme « archives ouvertes » est utilisé pour désigner des systèmes divers. Par exemple, certaines archives prévoient un contrat les liant aux auteurs. D'autres ne l'envisagent pas, ce qui paraît regrettable tant il est

42. L. 1^{er} oct. 2013 relative à l'utilisation des œuvres orphelines et épuisées et à une autre modification de la loi sur le droit d'auteur, *Bundesgesetzblatt* 2013 I Nr. 59, 8 oct. 2013, p. 3728.

43. Traduction proposée par H. GRUTTEMEIER, *Point sur le libre accès en Allemagne*, (<http://openaccess.inist.fr/?Point-sur-le-Libre-Acces-en>).

44. V. not. R. CASO, *Open Access to Legal Scholarship and Copyright Rules : A Law and Technology Perspective*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009, spéc. p. 5 : « At its beginning, the scientific journal was, overall, the "public record of original contributions to knowledge (...)". "[T]he Republic of Science claimed the right to grant intellectual property to scientific 'authors' and Phil Trans was its instrument of choice" (Guedon, 2001). Hence, it is paternity (*i.e.* the author's right) at the center of this scenario, not the commercial aspect (the editor's right) of copyright. In fact, for centuries scientific journals and scientific articles were not an editor's business » (SSRN 1429982).

45. Ainsi, « in the publishing of a post-print on the OA repository such as SSRN, the authors and law reviews increase the probability of reading and citation, while the repository multiplies the circulation of its own brand, and the Internet search engines increases the number of users and visits. Moreover, OA dramatically reduces the delay in publication (...) and the costs of reading/accessing that material » (R. CASO, préc., note 44, p. 10-11).

nécessaire de clarifier le rôle de l'archive et de rassurer les auteurs⁴⁶. En France, l'auteur qui dépose son œuvre dans l'archive ouverte HAL conserve l'intégralité de ses droits, mais le portail HAL réservé aux sciences humaines et sociales prévoit que « l'auteur transmet à HAL-SHS, à titre non-exclusif, le **droit de diffusion** de son œuvre dans les **conditions de l'accès libre et gratuit** ». Par ailleurs, il faut se poser la question de la préservation à long terme des œuvres déposées dans ces archives. En outre, l'accès aux œuvres dépend aussi des critères adoptés par les moteurs de recherche. Le résultat d'une requête varie selon l'algorithme du moteur utilisé, lequel peut donc « orienter » les résultats obtenus. Pour résumer, on peut reprendre la formule de M. Caso : « OA (Open Archive) is not Nirvana » et considérer qu'archives ouvertes et revues scientifiques peuvent être complémentaires⁴⁷.

Plus généralement, il faut envisager la possibilité que le droit d'auteur ne soit pas nécessairement le même pour toutes les œuvres, ce qui est déjà en partie le cas comme en témoigne le sort réservé aux logiciels. La logique du *one size fits all* peut être contestée au motif, par exemple, que la diffusion d'un ouvrage scientifique ou pédagogique ne recèle pas les mêmes enjeux que celle du dernier film d'action⁴⁸. Très concrètement, cela pourrait conduire à plaider en faveur d'une modification des règles de titularité des droits sur les œuvres scientifiques créées grâce à des fonds publics, l'objectif étant de s'assurer que le bailleur de fonds dispose des droits lui permettant de mettre cette œuvre en libre accès⁴⁹. On adopterait donc des règles propres à la recherche scientifique⁵⁰. Certains prônent même une évolution plus profonde du droit d'auteur pour admettre que le droit exclusif doit seulement permettre de contrôler l'exploitation commerciale de l'œuvre. On distinguerait donc la « culture commerciale » et la « culture non commerciale »⁵¹. On suggère aussi de réduire la durée du droit d'auteur pour

46. En ce sens, V. le rapport du groupe de travail « édition numérique » du DINI (*Deutsche Initiative für Netzwerkinformation EV*), Services de dépôts et de publication en libre accès, 2010, p. 17 : « Pour diffuser et conserver les documents, l'institution qui gère le service a besoin de certains droits que les ayants droit (le plus souvent, les auteurs ou éditeurs) doivent lui céder par un contrat appelé licence de dépôt (*deposit licence*) » (<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:11-100200620>).

47. En ce sens, P. MOUNIER, *Le libre accès : entre idéal et nécessité*, in M. DULONG DE ROSNAY et H. LE CROSNIER, *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, préc., note 21, p. 162.

48. V. par ex. S. SANDFELD JAKOBSEN et alii, *Comments on the commission's green paper on copyright in the knowledge economy*, Copenhagen Business School, 2008, p. 6, SSRN 1310196.

49. *Ibid.*, p. 18.

50. En ce sens, European Commission – Green Paper : *Copyright in the Knowledge Economy*, Comment by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, p. 3 : « A Distinct Set of Rules for Scientific Research » (SSRN 1317730).

51. C'est notamment la position du célèbre parti pirate suédois. V. P. CZERSKI, C. ENGSTRÖM, R. FALKVINGE et L.-A. CASASOLA MERKLE, *Sur la réforme du droit d'auteur*, Chapitre 2 : « Nous voulons que le droit d'auteur redevienne ce pourquoi il a été conçu, et rendre clair qu'il ne doit réguler que les échanges commerciaux. Copier ou utiliser un travail protégé sans but lucratif ne devrait jamais être interdit » (<http://reformedroitauteur.splioing.fr>). – V. aussi L. LESSIG, préc., note 40, p. 10.

accroître le domaine public et faciliter l'accès aux œuvres. On envisage même d'imposer aux auteurs le respect de certaines formalités pour obtenir la prolongation de leurs droits⁵². Il faut tout de même constater que les accords internationaux rendent difficile la mise en œuvre de certaines de ces propositions. Ainsi, la convention de Berne, faut-il le rappeler, interdit de subordonner « la jouissance et l'exercice » des droits d'auteur à l'accomplissement d'une formalité⁵³. Elle définit également les droits exclusifs de l'auteur sans distinguer selon que l'usage de l'œuvre poursuit une finalité commerciale ou non⁵⁴.

On constate donc que les idées ne manquent pas pour faire évoluer plus ou moins profondément le droit d'auteur lui-même ou les pratiques des ayants droit. Sans aller jusqu'à envisager une modification des conventions internationales pour adopter les solutions les plus radicales favorisant l'accès à la connaissance, il nous semble qu'une refonte des exceptions au droit d'auteur est nécessaire. Par ailleurs, sans nécessairement remettre en cause le principe qui veut que les droits naissent sur la tête du créateur, pilier du droit d'auteur, il est temps d'engager une réflexion sur la titularité des droits portant sur des œuvres scientifiques financées par des fonds publics.

52. L. LESSIG (préc., note 40, p. 57) propose ainsi de définir une période à l'issue de laquelle l'auteur devrait demander le renouvellement de la protection de son œuvre afin de bénéficier de la durée prévue par la loi.

53. Art. 5-2°.

54. Par ex., l'article 9-1° de la convention dispose : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».